

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

RAFAEL CARLOS VARGAS

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

FLORIANÓPOLIS

2016

RAFAEL CARLOS VARGAS

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS – SC


2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

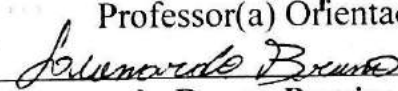
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O Controle jurisdicional da administração pública: limites e possibilidades.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Rafael Carlos Vargas**, defendido em **15/08/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (NOVE), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

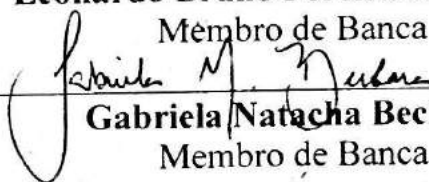
Florianópolis, 15 de Agosto de 2016



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Membro de Banca



Gabriela/Natasha Bechara
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Rafael Carlos Vargas

RG: 5371075

CPF: 05661253907

Matrícula: 11200078

Título do TCC: O controle jurisdicional da administração pública: limites e possibilidades

Orientador: Luis Carlos Cancellier de Olivo

Eu, Rafael Carlos Vargas, acima qualificado venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 15 de agosto de 2016.

Assinatura manuscrita de Rafael Carlos Vargas, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

Rafael Carlos Vargas

Dedico o esforço deste trabalho aos meus pais,
Nivaldo Vargas e Sandra Vargas, que doaram suas
vidas à família que escolher formar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu nobre orientador, professor Luis Carlos Cancellier de Olivo, pela boa vontade apresentada desde o primeiro contato.

No mesmo sentido, agradeço ao professor Eduardo de Mello e Souza pela a honra dada ao participar da banca de avaliação do presente trabalho, somado ao grande impacto acadêmico incitado em minha formação profissional. É impossível não crer em vocação ao ver um professor lecionar de forma magistral mesmo após tantos anos de magistério superior.

Ainda agradeço a minha irmã, Danieli Cristina Vargas que, imbuída de um sentimento paternalista, sempre se dispôs em me ajudar no que fosse necessário, mesmo que fosse pra dividir alguma tristeza da vida. É uma lição de companheirismo.

Não menos importante e por fim, registro um agradecimento especial a minha consorte, Angélica Parma Rodrigues, e a toda minha família que sempre vibrou comigo em qualquer conquista.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar as possibilidades e os limites do controle jurisdicional da Administração Pública, frente ao grande crescimento e papel de destaque que a Administração vem desenvolvendo desde meados do Século XX, a partir do desenvolvimento do Estado Social de Direito. O foco do presente trabalho é voltado ao estudo da estrutura do Estado frente ao princípio da legalidade.

Palavras-chave: Controle Jurisdicional. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Limites legais. Possibilidades legais.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.1.	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
2.1.1.	GRÉCIA ANTIGA.....	11
2.1.2.	DIREITO ROMANO	12
2.1.3.	IDADE MÉDIA	12
2.1.4.	IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA.....	14
2.1.4.1.	FRANÇA.....	14
2.1.4.2.	ALEMANHA	16
2.1.4.3.	ITÁLIA.....	17
2.1.4.4.	INFLUENCIA DA COMMON LAW	18
2.2.	DIREITO ADMINISTRATIVO COMO CIÊNCIA.....	19
2.3.	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
2.4.	CONCEITOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	24
3	OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	28
3.1.	PONDERAÇÕES GERAIS.....	28
3.1.1.	O controle.....	28
3.1.2.	Classificação de controle.....	29
1.1.1.1.	Controle interno.....	29
1.1.1.2.	Controle externo	31
1.1.1.3.	Controle de legalidade ou legitimidade	32
1.1.1.4.	Controle de mérito.....	32
1.1.1.5.	Controle prévio.....	33
1.1.1.6.	3.4.2. Controle concomitante	33
1.1.1.7.	Controle subsequente ou posterior (a posteriori).....	33
3.2.	A SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONTROLE JUDICIAL	34
3.3.	O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO JUDICIÁRIO.....	39
3.4.	O DESAFIO DO ATIVISMO JUDICIAL	43
4	POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	47
4.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	47
4.2.	POSSIBILIDADES GERAIS	49

4.3.	MEIOS ESPECÍFICOS	51
4.3.1.	Habeas corpus	51
4.3.2.	Habeas Data.....	52
4.3.3.	Mandado de Segurança	53
4.3.4.	Mandado de Segurança Coletivo.....	55
4.3.5.	Mandado de Injunção	55
4.3.6.	AÇÃO POPULAR	56
4.3.7.	AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	57
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
6	REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	61

1 INTRODUÇÃO

Propositamente, este trabalho buscou dar uma abordagem diferente a expressão do tema “controle jurisdicional”, referente à Administração Pública, normalmente tratada com temas mais comuns como o “controle dos atos administrativos”. A justificativa se dá ao passo que se buscou estudar a ascensão da Administração Pública em si, com o ascendente notável papel de executora de serviços públicos do Estado.

A Administração Pública vem tomando uma importância cada vez maior, muito a partir do momento que os movimentos sociais já invocavam a insuficiência de um Estado inerte, protetor do individualismo liberal. A partir da segunda guerra mundial, vislumbrou-se uma tendência de politização dos Direitos Fundamentais – a partir da internacionalização dos direitos humanos, o que trouxera ao cerne constitucional direitos sociais nunca antes adotados, dando justificção para todo um novo sistema voltado aos cidadãos. Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que se deu um passo fundamental para a concretização do Estado Social de Direito, ensejador do Direito Administrativo moderno. Analisando esse avanço, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos (povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa).⁵⁹ Para outros, os direitos da terceira dimensão tem por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.⁶⁰ Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão mais citados, cumpre referir os direitos a paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito a conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.⁶¹ Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.¹

Nessa senda os serviços administrativos tornaram-se cada vez mais importantes, cominando na obrigatoriedade do fortalecimento do órgão executor das atividades públicas de prestação de serviço, a Administração Pública, entendida aqui como a

¹ SARLET, 2013, p. 2013.

atividade de competência preponderantemente do Poder Executivo. A atualidade do tema se justifica aqui. O método a ser utilizado será o indutivo.

Como demonstrado adiante no presente trabalho, a separação de Poderes, em tese bem definida, e a consequente sujeição do Estado à lei exigiram, então, a necessidade de controle do novo panorama político. Esse controle, por sua vez, foi delegada institucionalmente no Estado Democrático de Direito através de previsão constitucional ao Poder Judiciário.

De nada adiantaria a conquista de direitos e garantias constitucionais se não houvesse um órgão que efetivamente os pudessem fiscalizar e garantir. Desse modo, chega-se a problemática que este trabalho de conclusão de curso busca solucionar. Quais os limites que o controle Jurisdicional pode exercer sobre as atividades do Poder Executivo? E quais as possibilidades previstas para que esse controle possa ser efetivamente exercido?

Com o objetivo de se chegar a uma possível solução do tema proposto, inicia-se o primeiro capítulo por entender a relação intrínseca entre o direito administrativo e a administração pública, a evolução histórica envolvida, seus conceitos e a origem do direito administrativo como ciência.

Posteriormente, seguem-se as ponderações gerais no capítulo seguinte, tomando as importantes considerações da separação dos Poderes que dá razão e fundamento ao controle judicial, passando pelo limite do controle nos atos discricionários, até defluir no recente e contestado ativismo judicial.

Por fim, deságua-se nas possibilidades ou meios de exercício do controle judicial, através de uma descrição e análise das prerrogativas e instrumentos constitucionais. Doravante, busca-se dar um contorno justo no assunto, a fim que o leitor possa ter uma noção real e identificar o objetivo geral proposto ao tema.

Ainda ressaltamos que afora a discussão acerca da nomenclatura de institutos, por ser extensamente difundida e adotada por vários autores, adotamos no tema a expressão “jurisdicional” ou invés de “judicial”, desconsiderando a divergência que envolve tal expressão no âmbito da discussão de filiação doutrinária.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que devidamente se entenda um determinado assunto é de fundamental importância que se visualize o todo, para que assim se entenda as partes componentes no seu contexto. Dessa maneira, almeja-se no corrente capítulo que a pesquisa realizada proporcione ao observador a melhor compreensão do Direito Administrativo relacionado à Administração Pública.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Direito Administrativo, a exemplo do que ocorre no Direito Constitucional, é uma tarefa ingrata esperar que um estudante interessado entenda seus princípios, condições, premissas, sem que se invista um considerável tempo para entender sua colocação e desenvolvimento na história.

A História do Direito é intrínseca a própria história universal, posto que estudar a história é elementar para o entendimento da própria formação do direito.

É uma tarefa quase impossível dissociar o direito da história. A importância do estudo da história do Direito, embora muitas vezes preterida por outras matérias acadêmicas, tem papel fundamental e elementar para que possamos entender o Direito como ciência e instrumento de transformação social. Segundo Edmir Araújo,

A História do Direito é tributária da própria História universal: só o que até nós chegou através dos historiadores permite entender as regras dos primórdios da civilização[...] ²

Além do sintetizado, é interessante ressaltar a mutação contínua que o Direito Administrativo sofre a depender da época em comento, como elemento intrínseco da própria dinâmica das ciências jurídicas.

Na realidade, o conteúdo do Direito Administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública, o objeto do Direito Administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência

² ARAÚJO, 2000, p. 2.

social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado-Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário³.

Os autores quando trabalham com a evolução histórica do Direito Administrativo costumam apresentar a certidão de nascimento desse ramo do direito, remetendo-se ao marco inicial da idade contemporânea, o contexto da Revolução Francesa de 1789.

Desde que o homem se viu na condição de viver em comunidade houve a necessidade de organizar funções e serviços voltados ao coletivo. Analisemos a evolução do Direito Administrativo através de alguns exemplos históricos.

2.1.1. GRÉCIA ANTIGA

Ensina-se que desde a Grécia Clássica, Idade Antiga, o Direito administrativo já estava presente, explicado através de funções públicas precípuas que se perfazia através do direito comum, a coisa pública. Entende-se que em qualquer lugar em que houvera a administração de uma coisa comum, inclusive sob a supervisão de superintendências, há um direito coletivo, interesse coletivo, e, conseqüentemente, influencia do incipiente ramo jurídico administrativista. Assim, a administração pública rudimentar se fazia valer na administração da polis das cidades gregas, através de pequenos e esparsos serviços rudimentares (em uma visão moderna) à disposição da população. Relata ARAÚJO que

Os historiadores e jurisconsultos, através da consulta às obras principalmente de Aristóteles, obtiveram dados sobre órgãos que superintendiam e fiscalizavam o comércio em cidades que possuíam mercados importantes, que disciplinavam atividades relativas a edifícios públicos, polícia de habitações, vias públicas, campos e bosques, escribas, carcereiros, oficiais de administração naval e militar, funcionários encarregados de comprovar e rever contas dos que manipulavam dinheiros públicos (especialmente em Atenas), formação militar e intendências (especialmente em Esparta)⁴.

³ DI PIETRO, 2014, p. 3.

⁴ Ibid., p. 3

2.1.2. DIREITO ROMANO

Inseri-se no mesmo sentido o Direito Romano, reconhecidamente berço do direito privado e seus institutos. Os autores nos ensinam que tecnicamente o Direito Administrativo era direito notório no Direito Romano por meio da administração de entidades, a fim que existisse a gestão de pessoas comum, de bens em comum, através de delegação de competência para organizar parcelas da população, encampados na criação dos chamados cargos públicos. É de se ressaltar, contudo, que não se podia esperar que, um peculiar império construído sob as forças das armas e conquista territorial, pudesse estruturar e nortear um direito público autônomo, a ponto de regular seus próprios atos e de sua população. De qualquer forma, no direito romanístico não só se vislumbra a ímpar contribuição de paradigma no direito privado, mas também sua nítida influencia e sua parcela de contribuição ao direito administrativo.

Fragmentos do direito administrativos já era encontrados nas “institutas”, “Código de Justiniano”, e, principalmente, no “Digesto”, que estabelecia a definição de bens públicos de uso comum, praias e terrenos de marinha, do funcionamento de certos órgãos, relacionados às suas autoridades (edis, cônsules, procônsules, pretores) e serviços públicos (tal quais presídios, vias públicas, rios, militares, censo, coletores de fisco, estatísticas)⁵. Tamanha importância que

Tal organização se conservou, posteriormente, nos países europeus que estiveram sob o domínio romano, como a França e a Alemanha, onde, somada a manutenção da idéia de transmissão de cargos e títulos por herança, originou-se, segundo alguns, a organização feudal⁶.

2.1.3. IDADE MÉDIA

Nessa linha temporal, aponta-se, após a queda do Império Romano no ocidente, em 476 d.C, em progressão histórica, o longo período da Idade Média que duraria mais de dez

⁵ Ibid., pp. 3- 4.

⁶ Ibid., p. 7.

séculos, estendido até o fim do Império Bizantino, conquistado pelos turcos em Constantinopla, período predominado pelo fase de administração feudal.

Inicialmente a sociedade se organizava em feudos, sob o arbítrio e proteção do senhor feudal, através do conhecido sistema de vassalagem e os burgos, envoltos dos conhecidos castelos. Posteriormente predominou a fase da administração comunal, através da organização dos burgos em comunas, com base no modelo Romano de municípios, com o poder exercido de forma mais democrática pelos burgueses, somado a organização de serviços e coisas públicas como alhures comentados de influência romanista. De toda sorte, ainda não possuía condições suficientes para a criação de um direito autônomo e suficiente, per si.

Nesse contexto, “a partir dos primórdios da Renascença, observou-se um recrudescimento das formas governamentais absolutistas em toda a Europa (com poucas exceções), que só principiou a regredir na época (1789) da Revolução Francesa”⁷.

Tratou-se de uma época de poucos avanços no Direito Administrativo. Em um dado período era baseada em uma sociedade que se organizava através do interesse patrimonialista e havia uma limitação do Direito Administrativo, conquanto prevalecia o interesse do Senhor Feudal. Em outro, mais próxima ao início da próxima era, prevalecia o Estado Absolutista a qual a vontade do soberano era lei, irresponsabilidade do Estado (o rei não pode errar e sua sublevação ao tribunal), dependência dos tribunais, conselho (submetido à vontade do rei) que resolvia os conflitos entre os particulares. Bebemos das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que leciona que

A Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalos (aqueles que se submetem à vontade de outrem) . Nesse período, do chamado Estado de Polícia, assinala Merkl (1980:93) que o direito público se esgota num único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios segundo os quais *quod regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut malfaire*.

O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa ideia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno em benefício dos direitos individuais.

Não havia Tribunais independentes, uma vez que, em uma primeira fase, o próprio rei decidia os conflitos entre particulares e, em fase posterior, as

⁷ CRETELLA JR., 1995, pp. 152-153.

funções judicantes foram delegadas a um conselho, que ficava, no entanto, subordinado ao soberano.

No entanto, apontam-se algumas obras de glosadores da Idade Média, principalmente dos séculos XIII e XIV, nas quais se encontra o germe dos atuais direitos constitucional, administrativo e fiscal. Indica-se a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275 d.C.) , dedicada a o estudo dos três últimos livros do Código Justiniano, que tinham sido deixados de lado, porque dedicados a estruturas fiscais e administrativas de um império que já não existia. Outro texto sobre o qual trabalharam os juristas, na época, foi o *Liber Constitutionis*, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231. No século XIV, a obra de Bartolo de Sassoferrato (1313 - 57) lança as bases da teoria do Estado Moderno (cf. Mario G. Losano, 1979:55)⁸.

2.1.4. IDADE MODERNA E IDADE CONTEMPORÂNEA

É a fase histórica em que as monarquias europeias estabeleceram-se e fortificaram-se, amplificando seu poder para o todo mundo. A partir das grandes navegações iniciadas no século XV, as diversas partes do planeta começaram a se compor nessa época.

O encetamento da Idade Moderna ocorreu com a tomada da cidade de Constantinopla pelos Turcos-Otomanos, em 1453, e encerrou-se com a queda da Bastilha e a Revolução Francesa, em 1789. Grifou, além disso, o Renascimento Cultural, que revolucionou as artes e as ciências, através de figuras históricas, como Leonardo da Vinci e Michelangelo.

A Idade Moderna e a Idade Contemporânea são períodos com forte ligação de difícil desvinculação entre si no Direito Administrativo. Nesse contexto discorreremos acerca do desenvolvimento do Direito Administrativo ocorrido na França, Alemanha, Itália e países da Common Law tendo por base os dois períodos em conjunto, sem diferenciação.

2.1.4.1. FRANÇA

A situação da França no século XVIII era de extrema injustiça social na época do Antigo Regime. A França era um país absolutista nesta época. O rei governava com poderes absolutos, controlando a economia, a justiça, a política e até mesmo a religião dos súditos. Urge a Revolução Francesa em 1789.

⁸ DI PIETRO, 2014, pp. 1-2.

O cenário apresenta um contexto de Estado sem qualquer tipo de regulamentação frente aos administradores, posto que o período histórico precedentes apresentava o Poder fundamentado na monarquia, a qual não existia disposição que subjulgasse o soberano. Havia, até então, o limitado direito que envolvia os particulares entre si.

Assim, a matéria foi se tornando cada vez mais complexa, principalmente com o deslocamento do Estado liberal, fundado na liberdade de iniciativa, ao Estado-Providência. Quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, concebe-se que maior é a aplicação do direito privado. O conteúdo do direito administrativo varia conforme o tipo de Estado adotado.

A principal conquista da Revolução Francesa foi a submissão do Estado à lei. A tripartição das funções do Estado em executiva, legislativa e judiciária, teve como um dos principais fundamentos a Teoria da Separação do Poderes, inspirada na obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu, que associa a integral sujeição do Poder Executivo à lei, isto é, às normas estatuídas pelo Poder Legislativo.

Aceita-se como marco histórico que forjou os princípios e concepções do desenvolvimento do Direito Administrativo a instituição do Conselho de Estado, instituído pelo art. 52 da Constituição de 22 Frimário (nomeclatura da lei a partir do calendário Republicano) do ano de 1799, através das quais suas decisões tornaram concretos e prático os conceitos e princípios que viriam a informar o então Novo Direito⁹.

Sobremaneira, costuma-se simbolizar como nascimento do Direito Administrativo a partir da Lei francesa do ano de 1800 (naquele excêntrico calendário francês da época, de “28 pluviôse do ano VIII”)¹⁰ que, pela primeira vez, dotou a Administração de uma organização juridicamente garantida e estável, anteriormente obrigatória a todos os administrados.

Característico do regime francês foi a busca fundamentalista da separação de Poderes, especificamente no anseio de controlar a influência que o Executivo exercia no judiciário; era o rompimento total com o Poder Absoluto, arbitrário e desmedido do Rei. Desse modo, instituiu-se o Conselho de Estado, entidade de jurisdição exclusiva do contencioso administrativo, cabendo ao Judiciário questões jurisdicionais subsidiárias.

⁹ MELLO, 2014, p. 39.

¹⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 4.

A doutrina acaba adotando o ano de 1818 como data inaugural da cadeira de Direito Administrativo, com a inclusão da nova matéria na Faculdade de Direito de Paris.¹¹

Assim, interessante se notar todo o percurso realizado pelo Direito Administrativo para que se alcançasse o Direito Administrativo de traços atuais.

Em síntese, direito francês praticamente deu origem ao Direito Administrativo e formou, no início, a chamada escola legalista ou exegetica, porque o estruturou quase inteiramente a partir da interpretação de textos legais, levada a efeito pelos Tribunais Administrativos, Conselhos Estatais (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum (essa separação explicada por causa da desconfiança com os juízes do velho regime).

Vale destacar que a maioria dos conceitos do direito administrativo brasileiro foram herdadas pelo direito administrativo francês. Assevera Maria Zanella da Sylva Di Pietro:

Do direito francês, herdou o conceito de serviço público, a teoria dos atos administrativos com o atributo da executoriedade, as teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o princípio da legalidade, a teoria dos contratos administrativos, as formas de delegação da execução de serviços públicos, a ideia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, e que abrange o binômio autoridade/liberdade.¹²

Além da influência fundamental doutrinária do Direito Administrativo francês, o direito administrativo brasileiro, modernamente, acolheu parcialmente a ideia de ato administrativo, junto ao atributo da autoexecutoriedade, as contínuas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o próprio conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos e o princípio da legalidade.

2.1.4.2. ALEMANHA

O direito alemão, embora influenciado pelo direito francês, deu os primeiros passos no sentido da elaboração científica do Direito Administrativo. Havia marcante tecnicismo científico doutrinário.

¹¹ DI PIETRO, 2014, pp. 6-7

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 25.

Sucedeu-se através de desenvolvimento gradual. Apesar de certa forma desenvolvida, o direito administrativo alemão sofreu relevante influência do direito civil. Na realidade, em termo amplo, essa matéria teve caráter subsidiário, que resultou na melhor definição de institutos administrativos para conceitos administrativos indeterminados. Nesse entendimento, corrobora Di Pietro:

No direito alemão, parece ter encontrado inspiração o tema dos conceitos jurídicos indeterminados e do princípio da razoabilidade (relacionados com a matéria de interpretação e discricionariedade administrativa). Sob esse aspecto também foi grande a contribuição da doutrina portuguesa e espanhola, que, como o direito brasileiro, caminharam para a positivação do direito administrativo.¹³

Ainda com a lição do professor Edmir Netto de Araújo:

O próprio espírito germânico, voltado para o tecnicismo científico doutrinário, em detrimento da casuística que caracterizava o Direito Administrativo francês, fez com que a evolução dessa disciplina fosse lá mais lenta e gradual. Mas realmente a falta de unidade foi fator determinante para que, só após a constituição da Confederação Germânica, o Direito Administrativo se desenvolvesse como as outras disciplinas de direito privado e direito público, assentado sobre a tríplice base filosófica, histórica e legislativa, apresentando então, desde as últimas décadas do século XIX, inestimável contribuição ao progresso dos estudos administrativos, influenciando decisivamente outros direitos do mundo ocidental¹⁴.

2.1.4.3. ITÁLIA

Seguindo um pouco de cada tendência - a exegética e a científica – trouxe inegável contribuição para a elaboração sistemática do Direito Administrativo, na sistematização e estudo do direito administrativo como direito técnico- científico.

A matéria administrativista italiana tem grande destaque em institutos atuais e modernos utilizados no direito ocidental.

Do direito italiano, recebeu o conceito de mérito, o de autarquia e entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano) , a noção de interesse público e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês. Com efeito, ao lado dos alemães, os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, para a mudança do próprio método de estudo do direito administrativo; este, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a

¹³ PIETRO, 2014. p. 26.

¹⁴ ARAÚJO, 2000, p. 154.

sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico¹⁵

O Direito Administrativo italiano desenvolveu-se de forma peculiar, equilibrando de forma criativa as duas influências das duas escolas: a francesa, legalista e casuísta, e a alemã, do tecnicismo científico.

2.1.4.4. INFLUENCIA DA COMMON LAW

Do sistema Common Law, principalmente do sistema americano, o Direito Administrativo brasileiro sofre influência direta por questão histórica datada da época da República. Herda, modernamente, do direito estadunidense o princípio da unidade de jurisdição; o mandado de segurança; o mandado de injunção; o princípio do devido processo legal; e o fenômeno da agencificação e a própria ideia de regulação¹⁶.

Ainda de influência excepcional da common Law, cita-se a aplicação da jurisprudência como fonte do direito, mitigando o princípio da legalidade pura francesa. Cominou, dessa forma, com a criação de importantes institutos do Direito administrativo, com caráter temporário ou não, inclusive contra legis, a qual se pode elencar:

1) ampliação do instituto do habeas corpus para proteção de outros direitos individuais que não a proteção da liberdade de locomoção; 2) criação do instituto da desapropriação indireta, ao arrepio do artigo 547 do Código Civil; 3) contrato de concessão de uso e não de contratos de direito privado para a ocupação de boxes ou bancas de mercado público ou de locais em logradouros públicos; 4) submissão das servidões administrativas a regime jurídico próprio; 5) adoção de uma teoria dos contratos administrativos, com características diversas do direito privado. 6) afastamento da exceptio non adimpleti contractus nos contratos administrativos. 7) aplicação da teoria da imprevisão e da teoria do fato do príncipe segundo regras especiais. 8) tese de que os funcionários públicos se regem por um status e não por contrato, sendo suas vantagens e deveres iguais para uma mesma categoria; 9) reconhecimento e qualificação da autarquia, como pessoa jurídica de direito público não prevista no artigo 14 do Código Civil de 1916; 10) reconhecimento da teoria do risco, em termos de responsabilidade civil do Estado, contrariamente à norma do artigo 15 do Código Civil¹⁷.

Importância ainda maior do sistema do common law se percebe pela falta de codificação do direito administrativo brasileiro, perante as sofisticações da dubiedade que envolve a necessidade social e a administração pública.

¹⁵ DI PIETRO, 2014, pp. 25-26.

¹⁶ Ibid., p.26.

¹⁷ Ibid., p.23.

2.2. DIREITO ADMINISTRATIVO COMO CIÊNCIA.

Não obstante, quanto às diversas variáveis para a definição de ciência, Tércio Sampaio Ferraz Júnior salienta:

A expressão ciência não é unívoca; não obstante de com ela se pretender designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único e uniforme que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica¹⁸.

Maior dificuldade se encontra quando da definição específica do Direito Administrativo, a qual se extrai que

Talvez nenhum dos ramos do Direito apresente maiores dificuldades, para situá-lo como ciência, do que o Direito Administrativo. Ele regula uma atividade autoritária — a administração pública — exercida por um Poder que detém a força em maior grau¹⁹.

De todo modo, é aceito que o Direito Administrativo é informado por princípios próprios e tem objeto específico, que é a disciplina da Administração Pública. Sob o ângulo científico apresenta-se, portanto, como ramo autônomo no campo do Direito. Relaciona-se com a Constituição Federal, cujo seu conteúdo básico organizacional e principiológico se fundamentam, a fim de se interpretar os meandros de sua atuação. Com o desenvolvimento do quadro de princípios e normas voltados à atuação do Estado, o Direito Administrativo se tornou ramo autônomo dentre as matérias jurídicas. O desenvolvimento da própria matéria como ciência foi possível através do desenvolvimento político e social, através da sistematização científica.

Nesse sentido, reflete Barros Júnior:

A todo o exposto, das reflexões aqui desenvolvidas, parece-nos que, na medida em que a ciência é um conjunto ordenado de princípios, um complexo de conhecimentos sistematizados, um corpo de preceitos e idéias-chaves sobre um determinado campo de conhecimento, há de o Direito Administrativo ser havido como ciência, como parte autônoma do Direito. Ciência que tem por objeto a disciplina jurídica da administração pública e cuja finalidade é assegurar a sua prestação legítima e regular. Intenta o Direito Administrativo alcançar tal objetivo, sem prejuízo das prerrogativas dos administrados, das quais, como vimos, não se aparta²⁰.

O estudo contemporâneo do Direito não mais compreende a análise isolada e vedada de um dado ramo jurídico. De fato, o Direito é um só; são as relações jurídicas que

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, 1973, pp. 159-160

¹⁹ BARROS JÚNIOR, 1979, p. 225.

²⁰ BARROS JÚNIOR, 1979, p. 242.

podem ter diferentes naturezas. Em termos substanciais se liga ao Direito Processual Civil. Em alguns temas, como o exercício do poder disciplinar ou poder de polícia, ao Direito Penal. Com o desenvolvimento da globalização se insere no âmbito do Direito Público Internacional. Quanto ao Direito Civil há grande conexão. Deve-se lembrar, inclusive, que o mesmo foi fonte legal precípua nos primórdios recente do Direito Administrativo. Sem o intento de esgotar o assunto, expõe-se que ainda há a correlação com os outros diversos ramos do direito.

Como a própria ciência do direito, o direito administrativo modifica-se de acordo com as novas tendências da sociedade e regem-se pelas infundáveis transformações que circundam o conceito de Estado e as formas de administração do mesmo. O Direito Administrativo técnico hoje apresentado tem fundamento, além do estadunidense comentado alhures, da Europa continental, destacando-se a França, Alemanha e Itália, países que influenciaram e, até hoje, influenciam diretamente na formação e evolução desse ramo autônomo da ciência do direito.

Repete-se que a doutrina costuma sinalizar como marco do surgimento do Direito Administrativo como ramo autônomo no direito a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França. Contudo, foi graças à construção da jurisprudência do Conselho de Estado francês que se deu base à nova matéria²¹.

Noutra aspecto, Di Pietro anota como início do Direito administrativo não só autônomo, mas como ciência, a partir de 1873, no Caso Blanco.

Pode-se dizer que a autonomia do Direito Administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídicos próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnes Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício (cf. José Cretella Júnior, 'tratado de Direito Administrativo, 1970, v. 8:22-23). Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, colocando de lado o Código Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se de que, nessa ocasião, ocorreu choque de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos - a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa -, o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a

²¹DI PIETRO, 2014, p. 4.

controvérsia, corno também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do direito civil, corno então era tratado, para mergulhar no campo do Direito Administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do Direito Civil²².

O direito administrativo tem bases históricas, políticas jurídicas que se justificam pela própria evolução do tópico. Sua construção e evolução, assim como toda ciência, não é um elemento estanque ou de fácil esgotamento, apresentando desafios contínuos aos seus estudiosos ou aplicadores, ainda mais quando se trata de ciência social de constante mutação.

2.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O direito administrativo disciplina a atuação da Administração Pública. Dessa forma, torna-se necessário o conhecimento de noções básicas para melhor compreensão do trabalho ora proposto.

Definir-se-á primeiramente que o conceito de administração pública pode ser adotada através de dois aspectos distintos, mas não excludentes. Primeiro, em um sentido geral, considerando o aparelho público, com o objetivo de gestar a coisa pública, administrar os bens públicos, organizar, planejar; segundo, sentido específico, nos aspecto de sinônimo dos entes da federação ou pessoas da federação. Nosso estudo se objetiva ao estudo do primeiro, em caráter generalizado, dados contornos próprio da atividade, função, com vistas a se compreender o universo que envolve o todo submetido ao direito administrativo do presente tema de estudo. Em síntese, trata-se de definição sob a ótica dos executores da atividade pública e sobre a ótica da própria atividade exercida.

Essa distinção é adotada pela maioria dos doutrinadores, a citar, como exemplo, Di Pietro que ainda divide o sentido de Administração Pública em dois, a saber: em subjetivo, formal ou orgânico, os entes que exercem a atividade administrativa, que compreende as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer as funções públicas – aspecto geral citado no parágrafo anterior; em objetivo, material ou funcional, que

²² Ibid., p. 5.

designa a própria atividade administrativa exercida - aspecto específico citado no parágrafo anterior²³.

Como exemplo de Administração Pública de aspecto específico, sentido formal, subjetivo ou orgânico, cita-se a União, Estado, Distrito Federal e Municípios (além da fundação, autarquia, sociedade de economia mista e empresa pública); de aspecto geral, sentido material, objetivo e funcional, cita-se o serviço público, a polícia administrativa, fomento e a intervenção.

Dessa forma, temos que todos os Poderes do Estado exercem a função administrativa e é, ao mesmo tempo, sujeito e executor da atividade pública. O critério final é definir quem a produz e o que se produz.

Como próprio da organização e separação de Poderes, a Administração Pública é função precípua do Poder Executivo, preste a cumprir as funções públicas do Estado, além do caráter organizacional e administrativo dos bens público. Contudo, sem prejuízo ao acima exposto, não é contraditório expor que

[...]apresenta-se difícil a caracterização objetiva da Administração Pública, daí por vezes se buscar o modo residual de identificá-la: conjunto de atividades que não se enquadram na legislação, nem na jurisdição; assim, nem o Legislativo, nem o Judiciário cuidam do calçamento de ruas, da coleta do lixo, da rede de escolas públicas, por exemplo²⁴.

A palavra Administração vem do latim, ad – que é sinônimo de direção, tendência para, e minister – que significa subordinação ou obediência, ou seja, quem realiza uma função sob comando de outra ou presta serviço a outro²⁵.

O objetivo geral da Administração é trabalhar em prol do interesse público e dos direitos e interesses da sociedade a que se confie. Na maior parte das vezes, a Administração é organizada de forma a reduzir processos burocráticos. Também é comum existir a descentralização administrativa, no caso da administração pública indireta, que significa que alguns interessados podem participar de forma efetiva na gestão de serviços.

Precisamente Maximiano conceitua que administrar é um trabalho em que as pessoas buscam realizar seus objetivos próprios ou de terceiros (organizações) com a finalidade de alcançar as metas traçadas. Dessas metas fazem parte as decisões, a gestão do

²³ Ibidem, p. 50.

²⁴ MEDAUAR, 2004, p. 47.

²⁵ CHIAVEATO, 2003, p. 12

bem confia a terceiro. O planejamento, a organização, a liderança, a execução e o controle são considerados funções atinentes ao exercício do gestor²⁶.

Na administração em geral há a gestão de bens particulares ou de terceiros de forma organizada e com o objetivo que se alcance as metas almejadas e planejadas sobre bens de livre disposição. Assim, do mesmo modo pode ser enfrentado o conceito de Administração Pública, uma vez que partes dos bens e dos direitos da sociedade são confiadas a um terceiro gestor, o Estado, tendo por base a teoria contratualista que dá base ao próprio surgimento do Estado, ideias essas difundidas por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Dessa forma o que a Administração Pública exerce, na prática, é a busca da satisfação das necessidades e anseios da sociedade através da concessão e autolimitação de seus bens e direitos confiados a que o Estado Administrador, representado modernamente no Estado de Direito como o Poder Executivo, para que se possa permitir e harmonizar a convivência entre seus integrantes.

Em corrente crítica, vale citar o artigo de Leandro Sarai:

Administração pública abrange qualquer sujeito de direito que pratica ato em nome do Estado. Em razão disso, todo ato assim praticado está sujeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A administração pública não é um conjunto de órgãos e atividades presente dentro e abaixo de cada Poder, é o exercício do poder delegado pelo povo, incluindo o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, exercício que deve ser subordinado aos princípios da administração pública.

A adoção dessa linha de entendimento, ainda que signifique modificar o sentido original da expressão administração pública contida na Constituição, garante maior alcance aos princípios nela presentes, otimizando sua carga de eficácia.²⁷

Em tempos, é interessante ressaltar que a expressão *bem público*, citada acima, deve ser entendida não apenas na acepção de algo pertencente ao poder público, mas, principalmente, no sentido de bem pertencente à coletividade, à sociedade.

Por fim, ressalta-se que a Administração Pública encontra vasto estudo doutrinário, jurisprudencial, legal. Posto sua particularidade, não obstante, ao que se propõe este trabalho nos prendemos aos conceitos e significados estruturais para a boa limitação do tema desenvolvido.

²⁶ MAXIMIANO, 2007, p. 47.

²⁷ SARAI, 2011, p. 13.

2.4. CONCEITOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

O conceito de direito administrativo varia conforme o critério utilizado para sua definição e variam conforme o doutrinador.

Da doutrina e dos sistemas legais desdobrou o surgimento de várias teorias, entre as quais: a legalista, a do Poder Executivo, a do serviço público (Escola do Serviço Público), a negativista e a teleológica. Para alguns, o direito administrativo pode ser definido como sendo tão somente um conjunto de leis administrativas (legalista); a reunião de atos do Executivo (Poder Executivo); a disciplina, organização e regência da prestação de serviços públicos (serviço público); o sistema de princípios que norteiam o atendimento dos fins do Estado (teleológica ou finalística); ou, por fim, o ramo do direito que regula toda a atividade que não seja legislativa e jurisdicional (negativista).

São vários os conceitos adotados pelos doutrinadores, especialmente para a diferença de critérios adotados e à época de sua definição. A seguir elencamos uma sequência de definições adotadas por diversos autores.

Brandão Cavalcanti, em meados do Século XX, com a colaboração de diferentes autores alienígenas, além de resumir ao alegar que o direito administrativo é o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem à organização e ao funcionamento dos serviços públicos, assim acrescentava:

O direito administrativo é o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem ao funcionamento das atividades do Estado, à organização e ao funcionamento dos serviços públicos, e às relações de administração com os indivíduos.²⁸

Helly Lopes Meireles ao considerar que o Estado Moderno atua em três sentidos – administração, legislação e jurisdição – e ao expor a dificuldade de se conceituar o direito administrativo, uma vez que diferentes autores tomam escolas e critérios diferentes, e refutar, frente às peculiaridades brasileiras subjacentes, a conceituação da doutrina estrangeira ao Direito Administrativo brasileiro, conceitua de forma ampla a atingir todo ato praticado pela Administração²⁹ que sua definição é o:

²⁸ CAVALCANTI, 19__, p.23.

²⁹ MEIRELLES, 2007, pp. 39-41.

[...] conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.³⁰

Di Pietro, após a análise dos diversos conceitos distinguido através de critérios, como a da Escola do Serviço Público, do Poder Executivo, das Relações Jurídicas, Teleológico, Critério ou Residual, da Distinção entre Atividade Jurídica e Social do Estado e da Administração Pública³¹, delineia em conceito próprio:

Partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o Direito Administrativo como o **ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídica não contenciosa que exerce e os bens que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.**³²

Celso Antônio bandeira de Mello, por seu turno, faz uma advertência de prudência a se observar quando da apreciação dos diversos conceitos adotadas. Desqualifica a definição generalizada de Direito Administrativo que o define como ramos do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem. Nem mesmo a coincidência com o conjunto de normas e princípios a qual estaria subordinado emprestaria definição específica ao ramo. O autor explica que, se assim fosse, matérias estudadas em apartado, tal como o Direito Tributário, o Direito Financeiro, o Direito Previdenciário, conquanto possuem a mesmas premissas expostas ao direito público, não obstante são estudadas como ciências autônomas, não subjugadas ao ramos do Direito Administrativo.³³

Ainda em Portugal, Marcelo Caetano conceituava:

O Direito administrativo é o sistema das normas jurídicas que disciplinam as relações pelas quais o Estado, ou pessoa que com ele coopere, exerça a iniciativa de prosseguir interesses coletivos utilizando o privilégio da execução prévia.³⁴

Doutro modo, José dos Santos Carvalho Filho presta sua contribuição ao definir o Direito Administrativo como o “conjunto de normas e princípios que, visando sempre o interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir”, ao passo que faz questão de observar que esse ramo de direito possui três características principais: constitui um direito novo, uma vez que possui sistematização científica recente; denota um direito mutável, pelo motivo que se

³⁰ Ibid., p. 40

³¹ DI PIETRO, 2014, pp. 44-48

³² Ibid., p. 48.

³³ MELLO, 2014, p. 39.

³⁴ CAETANO, 1951, pp. 23-24.

encontra em contínua transformação; é um direito em formação, não se tendo, até então, concluído seu ciclo de abrangência.³⁵

Finalmente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende o seguinte a respeito do Direito Administrativo:

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuar concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.³⁶

Ao passo que adverte em um sentido sofisticado do trazido a baile acima por Meireles:

Mesmo com esses cuidados, este conceito em construção não será satisfatório se não repetir também a inserção contemporânea da Disciplina no contexto constitucionalizado, adotado pelo País, como Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º), expressão que indica a dupla e inextricável submissão que se quer do Estado: à vontade do povo e à vontade da ordem jurídica, que surge como resultado da feliz congruência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente do conceito mais antigo – o de Estado de Direito – com o do mais recente – o de Estado Democrático – que, no constitucionalismo emergente da segunda metade do século XX – também por isso hoje mais conhecido como neoconstitucionalismo – ganharam sua vitoriosa expressão integrada.³⁷

Sem dúvida, não há limites para o controle realizado pelo Judiciário, com possibilidades de incidir sobre atos, contratos, manifestações unilaterais de vontade que representem lesão ou ameaça de lesão a direito individual, difuso ou coletivo. Não obstante, o controle é amplo, mas não ilimitado. Deve levar em conta o exame dos princípios e regras advindos do regime jurídico administrativo, além de modernamente ser aceito a ponderação de direitos fundamentais o caso concreto, não sendo admissível o exame de questões de mérito (oportunidade e conveniência). Essa limitação não exclui os atos discricionários do controle e mesmo os atos de governo, que também estão sujeitos aos requisitos ou condições de validade de todo e qualquer ato administrativo. Competência, forma, finalidade, motivo e objeto, estes são os requisitos de validade dos atos administrativos e sobre todos pode recair o controle jurisdicional. A Constituição Federal admite o prévio esgotamento das vias

³⁵ CARVALHO FILHO, 2016, p. 22.

³⁶ MOREIRA NETO, 2002, p. 47.

³⁷ Ibid., p. 46

administrativas como condição para a invocação do controle jurisdicional apenas nas matérias relativas à disciplina e às competições desportivas.³⁸

³⁸ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

3 OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No presente tema buscamos analisar os limites do controle jurisdicional na Administração Pública, posto as características vinculadas doutrinariamente ao controle, ao passo que não haja transgressão da existência harmônica e independente entre os Poderes.

3.1. PONDERAÇÕES GERAIS

3.1.1. O controle

A atuação do agente público na materialização das atividades administrativas não pode se pautar em seu exclusivo livre arbítrio. É necessário que os atos e condutas provenientes dos agentes públicos sejam justificados na lei e amparados por uma fundamentação fática e jurídica que permite o respectivo controle e fiscalização.

Essa necessidade decorre do próprio texto constitucional, mais precisamente do parágrafo único, art. 1º, ao declarar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.³⁹

Apesar de o poder originar-se do povo, é necessário esclarecer que não é o povo que administra diretamente o Estado. Em regra, o poder é exercido indiretamente, através de representantes eleitos para o exercício de funções legislativas e administrativas. Assim, é imprescindível que a sociedade tenha acesso às informações e às condutas administrativas de seus representantes com o objetivo de fiscalizá-las e realizar o respectivo controle, que pode ser exercido através da provocação dos órgãos públicos competentes e da utilização de instrumentos jurídicos criados com essa finalidade.

Apesar da possibilidade de participação do povo no controle e fiscalização da Administração Pública, caracteriza-se por ser uma atribuição preponderantemente estatal, constituindo verdadeiro poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, sejam eles integrantes do próprio Poder Executivo, ou, ainda, dos Poderes Legislativo e Judiciário.

³⁹ BRASIL. Constituição, 1988.

O professor José dos Santos Carvalho Filho denomina de controle da Administração Pública "o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder".

No mesmo sentido, a professora Di Pietro define o controle da Administração como "o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico".

Analisando-se os conceitos apresentados pelos mencionados professores, conclui-se que o controle da Administração Pública não se restringe apenas ao próprio Poder Executivo, sendo exercido também pelos Poderes Legislativo e Judiciário, este objeto do presente trabalho. Ademais, alcança todos os atos editados no exercício da função administrativa, independentemente do Poder responsável pela edição.

Habitualmente notável é a conceituação de Helly Lopes Meireles que define o controle como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou entidade exerce sobre a conduta funcional do outro”.⁴⁰

Discorre ainda Di Pietro:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.⁴¹

3.1.2. Classificação de controle

1.1.1.1. Controle interno

É aquele controle exercido internamente, por cada um dos Poderes, no âmbito hierárquico sobre seus próprios atos. Visualiza-se, como, por exemplo, o controle exercido pela Corregedoria de um órgão estatal em relação aos atos praticados pelos servidores do

⁴⁰ MEIRELLES, 2007, p. 665.

⁴¹ DI PIETRO, 2014, p.808.

respectivo Poder, ou, até, o controle exercido por um chefe de repartição a seus subordinados diretos.

Também é conhecido como controle administrativo ou autocontrole, através do domínio do respectivo âmbito de competência da Administração Pública.⁴² É cotidiana e inerente ao próprio órgão. Sua jurisdição ocorre de maneira espontânea ou mediante provocação. É uma forma de gerência de respostas mais rápidas por estar mais próxima da realidade administrativa de cada órgão, sob constante mudança e evolução exigidas pela dinâmica dos procedimentos envolvidos.

Expõe o art. 74 da Constituição Federal:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.⁴³

O controle interno da Administração possui previsão constitucional a garantir sua observação e aplicação, que possibilita maiores ferramentas para fiscalização e aplicabilidade. Assim, pelo exposto se visualiza que o controle interno é exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, fundamentados no princípio da legalidade, preceito norteador do direito público, haja vista que podem e devem rever seus atos baseados na autotutela que “encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais”.⁴⁴

⁴² NETO, 2014, p. 331-332

⁴³ BRASIL. Constituição, 1988.

⁴⁴ DI PIETRO, op. cit., p.811.

1.1.1.2. Controle externo

Ocorre o controle externo quando é exercido por um Poder diferente daquele que edita o Ato Administrativo. Essa possibilidade está amparada no artigo 20 da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Salientamos a lição de alguns doutrinadores, segundo a qual o controle exercido pela administração direta sobre as entidades da administração indireta (controle finalístico, supervisão ou tutela administrativa) seria também classificado como controle externo, a saber, o externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e o controle judicial⁴⁵.

No entanto, há outros que discordam, como Alexandrino e Paulo:

Pensamos que essa orientação, ao considerar externo o controle exercido no âmbito de um mesmo Poder (o controle exercido pelos órgãos do Poder Executivo sobre as entidades da administração indireta vinculadas ao mesmo Poder Executivo), destoa do texto constitucional, que, em mais de um ponto, adota a expressão "controle interno" para referir-se ao controle exercido no âmbito interno de um mesmo Poder e "controle externo" para tratar do controle exercido por um Poder sobre a atuação de outro Poder (por exemplo, art. 70, cap., art. 71, caput, art. 74, caput, todos da Constituição da República).

Dessa forma, reiteramos nossa preferência pela classificação segundo a qual só é controle externo o que um Poder exerce sobre a atuação do outro, reservando a expressão "controle interno" para todo e qualquer controle exercido no âmbito de um mesmo Poder, ainda que entre pessoas jurídicas distintas. Essa é a posição perfilhada, também, pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶.

Citamos como exemplos de controle externo a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, art. 49, V); a anulação de um ato do Poder Executivo por decisão judicial; o julgamento anual, pelo Congresso Nacional, das contas prestadas pelo presidente da República e a apreciação dos relatórios, por ele apresentados, sobre a execução dos planos de governo (CF, art. 49, IX); a auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União sobre despesas realizadas pelo Poder Executivo federal.⁴⁷

⁴⁵ Ibid., p. 560.

⁴⁶ ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 855.

⁴⁷ BRASIL. Constituição, 1988.

O controle externo de maior extensão certamente é o efetuado pelo Poder Judiciário, uma vez que tem competência para apurar a legitimidade e a legalidade dos atos editados pelos demais poderes, em caráter de definitividade.

1.1.1.3. Controle de legalidade ou legitimidade

Controle de legalidade ou legitimidade é o que apura a correspondência da conduta ou ato administrativo com o ordenamento jurídico. Constatando-se a incompatibilidade da ação ou omissão administrativa com a lei ou princípios gerais do Direito, a revisão da conduta ou do ato é medida a se impor. Devem ser verificados os aspectos relativos à obrigatória observância do ordenamento jurídico em geral, principalmente dos princípios administrativos, tais como o princípio da moralidade ou o da finalidade.

Quando da normatividade, estão incluídos todo ordenamento com caráter vinculante a Administração, como a lei, os regulamentos, súmulas vinculantes. Em geral, diante de um vício de legalidade ou legitimidade a administração pode convalidá-lo (ato anulável) ou anula-lo (ato nulo).

Bebemos da tradicional lição de Meireles, no que concerne ao princípio da legalidade, que arduz que “enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza”.⁴⁸

1.1.1.4. Controle de mérito

Esse controle é diretamente ligado a apreciação da conveniência e oportunidade do ato, no chamado campo ou margem do mérito administrativo. Isso é possível quando a lei prevê certa margem de discricionariedade ao administrador, na escolha entre algumas situações possíveis previstas em lei. No controle de mérito, não se analisa a conformidade da edição do ato com a lei, mas sim a conveniência e a oportunidade da conduta administrativa. O propósito é apurar se aquilo que é mais conveniente, oportuno, mais adequado ou mais justo está sendo adotado para que a Administração Pública possa alcançar os seus fins.

⁴⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 39.

Tópico acerca desse assunto será retomado em subitem subsequente.

1.1.1.5. Controle prévio

Controle prévio (ou a priori) é aquele realizado antes da consumação do ato administrativo, de natureza preventiva. Como exemplo, podemos citar a aprovação, pelo Senado Federal, da escolha do Presidente e diretores do banco central⁴⁹.

Portanto, antes de o Presidente ou diretor do banco central ser empossado no cargo é necessário um controle prévio do Senado Federal, que irá aprovar ou negar a indicação efetuada pelo Presidente da República mediante o quorum de maioria absoluta.

1.1.1.6. 3.4.2. Controle concomitante

É aquele que acontece concomitante ao tempo em que o ato administrativo ou a atividade da Administração estão sendo executados, permitindo-se, para tanto, o controle preventivo quanto o repressivo, conforme o andamento do ato ou atividade.

A nível de exemplo, citamos o acompanhamento à fiscalização da execução de um contrato administrativo e a realização de uma auditoria durante a execução do orçamento, entre outros.

1.1.1.7. Controle subsequente ou posterior (a posteriori)

Controle subsequente ou corretivo é o efetuado posteriormente, após a conclusão do ato ou atividade administrativa com o objetivo de confirmá-los ou corrigi-los, a exemplo do que ocorre na homologação de um procedimento licitatório ou no controle judicial de atos administrativos.

⁴⁹ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 52, III, d: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:[...] III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] d) Presidente e diretores do banco central”.

É claro que posterior, pois o edital do referido concurso público (ato administrativo) já havia sido publicado e estava produzindo os seus efeitos normalmente.

3.2. A SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONTROLE JUDICIAL

Como descrito alhures, a Revolução Francesa foi o marco de rompimento do antigo regime, que àquela altura não se sustentava como poder soberano legítimo. Dessa forma, houve o nascimento de um novo Estado de Direito, baseado na limitação do Estado através de sua submissão real à lei.

O controle da Administração exercido através do judiciário é corolário da instituição do próprio Estado de Direito. Sem a qual não haveria sentido impor ao Estado a submissão às leis sem a possibilidade de apreciar a todo o momento os seus atos, instrumentalizado através de um órgão autônomo, independente, de acesso geral e de prerrogativas garantidas constitucionalmente como o judiciário. Nesse sentido, ratifica Di Pietro que “De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”⁵⁰.

Esclarece José Afonso da Silva que

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.⁵¹

O sistema jurisdicional adotado pelo ordenamento pátrio é uno, de origem do common law, mais especificamente o norte americano, o qual o Brasil, adaptado a sua realidade, sempre se deixou influenciar, assim como o sistema de governo presidencialista,

⁵⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 827.

⁵¹ SILVA, 2014, p. 115.

forma de governo republicana e forma de Estado Federativo. Não por acaso a Constituição de 1891 se denominou “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”⁵², em clara adoção ideológica entusiástica.

A administração pública em todas as suas manifestações deve atender ao princípio da Legalidade, princípio base intrínseco ao próprio significado de Estado de Direito e suas vertentes. Mesmo onde há grau de liberdade, seus atos devem ser legais, não desviando ou extrapolando as opções disponíveis e as exigências estabelecidas e previstas em lei. Agindo de modo diverso, o mesmo incorre em vício de seus atos e os submete à anulação. Nesse sentido, Meirelles nos ensina que

Infringindo as normais legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se destacando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o expõe a anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, em não adequada.⁵³

Ainda acrescenta o mesmo autor, em nota de rodapé, que

A palavra controle é de origem francesa (contrôle) e, por isso, sempre encontrou resistências entre os cultores do vernáculo. Mas, por ser intraduzível e insubstituível o seu significado vulgar ou técnico, incorporou-se definitivamente em nosso idioma, já constando dos modernos dicionários da Língua Portuguesa nas suas várias acepções. E, no direito pátrio, o vocábulo controle foi introduzido e consagrado por Seabra Fagundes desde a publicação de sua insuperável monografia O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.⁵⁴

Doutra parte a possibilidade de resignificação ou apreciação do ato administrativo no que diz respeito a sua eficiência, em termos de apreciação de economicidade e satisfação de finalidade, em termos progressivos de desempenhar e atender os nortes da administração gerencial, ou mesmo de sua conveniência e oportunidade, se se tornado inútil, inoportuno ou inconveniente, isso apenas poderá ser valorado pela própria Administração manifesta do ato, através de revogação. É o chamado mérito administrativo do ato discricionário.

Assim, é parte do Estado de Direito organizar e determinar os meio de controle da atuação da Administração Pública, seus órgãos e agentes, através de ferramentas que possibilitem o domínio do seu fim, qual seja, o atendimento à finalidade pública.

⁵² BRASIL. Constituição da República,. 1891

⁵³ MEIRELLES, 2007, p. 665

⁵⁴ MEIRELLES, 2007, p. 665. Item 1.

O sistema jurisdicional uno é fundamentado constitucionalmente pelo Art. 5º, inciso XXXV, da Carta Maior. Assim, respeitadas a separação de Poderes constante no art. 3 e as disposições gerais constantes no art. 37,⁵⁵ por conseguinte, delineia-se a limitação elementar constitucional do controle judicial da Administração.

Dessa forma deduz-se que o Poder Judiciário pode rever qualquer ato da Administração, seja qual for sua natureza, sob o ângulo do princípio base da legalidade, que vincula sendo o elemento substancial do próprio Estado de Direito. Assim, apesar de a possibilidade legal do ato estar revestido sob o aspecto da oportunidade e conveniência, elemento do chamado mérito administrativo, se furtará em ilegalidade e estará sujeito a anulação judicial por ausência ou falsidade de motivo.

Atos políticos, por sua vez, só poderão ser anulados se causarem lesão a direitos individuais ou coletivos. Contudo, por força do art. 5º, inciso XXXV,⁵⁶ qualquer ato será apreciado pelo judiciário. Historicamente o controle sobre esses atos não era possível ou estava submetido a deveras limitações. Assevera e nos detalha Di Pietro que, em uma transcrição histórica,

[...] Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que os atos políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu artigo 94. Essa norma ligava-se à concepção do ato político como sendo aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como exercício do direito de ação estava condicionado à existência de um direito individual lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais.

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais) e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundos podiam ser submetidos ao Poder Judiciário⁵⁷.

Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se ele é individual ou coletivo; previu, ainda, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para defesa dos direitos e

⁵⁵ BRASIL. Constituição, 1988.

⁵⁶ BRASIL. Constituição, 1988.

⁵⁷ DI PIETRO, op. cit., pp. 828-829.

interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos.

Os atos *in corporis*, de conteúdo de organização interna de cada poder, em regra não são apreciados pelo Poder Judiciário por serem de competência exclusiva. Doutro modo, se extrapolarem seu conteúdo, ferindo direitos individuais ou coletivos, poderão ser anulados, a despeito dos políticos.

No que pese o universo de possibilidade que se apresenta o controle da Administração Pública, exercida pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de forma interna ou externa, nos interessa aqui, a fim de bem delinear o tema em questão, da apreciação dos limites e possibilidades do controle Judicial exercido pelo Poder Judiciário, entremeado de sua função e garantia institucional, defino pela Constituição Federal, a fim de interpretar e julgar os eventos levados a sua apreciação.

Nos dizeres de Meirelles o

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é, sobretudo, um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa, mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo na ação popular e na ação civil pública em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela Administração⁵⁸.

O judiciário realiza seu controle de modo externo, haja vista que é realizado por um órgão constitucional independente funcionalmente sobre a atividade de outro Poder estranho à Administração responsável por seus atos⁵⁹.

O Controle Judicial, como citado alhures, considerado o sistema de controle jurisdicional um característico do sistema brasileiro, é exercido privativamente pelo judiciário sobre os atos da Administração, a qual suas decisões têm o condão de dar a definitividade à pretensão, e “[...] é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque vise a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus

⁵⁸ Meirelles, op. cit., p 708.

⁵⁹ Ibid., p. 667.

beneficiários”⁶⁰. Esse direito subjetivo pode ter natureza pública ou privada, a exceção da ação popular e da ação civil pública que tem o caráter de proteção geral da comunidade envolvida.

O judiciário, de forma geral, tem a competência para apreciação dos aspectos da legalidade e legitimidade, requisitos substanciais de qualquer ato administrativo. Legalidade se entende pelo atendimento e observância dos atos lançados frente às normas que o regem (imbricado ao princípio base da legalidade). Legitimidade, por outro lado, se entende pela apreciação da prática administrativa aos princípios básicos da Administração Pública, entre os quais, o da legalidade (norma legal), impessoalidade (interesse público), moralidade (moral jurídica, institucional), publicidade (divulgação oficial necessária) e eficiência (rendimento funcional) ⁶¹, todos previstos na Carta Magna. Ao Judiciário é permitida a análise de todos os elementos da legalidade e legitimidade para apreciação de validade e nulidade do ato, vedado se pronunciar sobre a margem de mérito administrativo da conveniência e oportunidade de competência exclusiva do administrador, insígnia da própria separação de Poderes do Estado democrático de direito.

Meirelles distingue os atos sujeitos a apreciação judicial entre atos sujeito a controle comum, que são os atos administrativos em geral e os atos sujeitos a controle especial, decorrentes da Constituição Federal, e tais são os chamados atos políticos, os atos legislativos e os atos “interna corporis” ⁶². Atos políticos são os atos praticados por agente do governo, com notória liberdade de conveniência e oportunidade, a fim que se melhor atenda ao interesse público (veto de lei, nomeação de ministro). Os atos legislativos são os previstos para a criação de normais legais (criação de leis, decretos). Os atos “interna corporis” são os afetos a organização interna do próprio Poder (eleições internas, cassações de mandatos, regimento interno).

⁶⁰ Ibid., p. 708.

⁶¹ Ibid., pp. 709-710.

⁶² Ibid., pp. 711-715.

3.3. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO JUDICIÁRIO

A Administração Pública exterioriza suas vontades e decisões através de atos administrativos, através de declaração unilateral consoantes prerrogativas concedidas ao Estado. Essas, como todo o Estado, está subordinado ao princípio angular da legalidade. Dessa forma, qualquer que seja o ato expedido deverá estar em conformidade o citado princípio, ligado e inseparável do Estado de Direito, tendo em vista o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa⁶³.

Não obstante, o legislador ao prever os contornos da atuação da Administração, a fim de atender às necessidades reais da sociedade, confere certo grau de liberdade de escolha de conveniência e oportunidade para o administrador, haja vista ser impossível prever todos os casos possíveis que se apresentem na realidade cotidiana. Assim, permite-se a expedição de atos ou atividades discricionárias, a critério do ótimo legal do executor da lei. É o reconhecido doutrinariamente como o já mencionado mérito administrativo.

Vale lembrar, conforme citado acima, mesmos ato discricionários estão sujeitos ao princípio da legalidade. Por isso, não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade. Esta incorre em manifestação da vontade em prejuízo à lei, a sua revelia; aquela margem de escolha prevista legalmente pelo legislador a fim de atender ao princípio constitucional da eficiência, coerente com o princípio maior do Estado Democrático do Direito, a legalidade.

Nenhum ato é puramente discricionário. Doutro modo, não só os atos que não possuem margem de escolha de conveniência e oportunidade, os atos vinculados, possuem seus elementos essenciais definidos em lei, mas também os atos discricionários, posto sua vinculação à lei.

Di Pietro no ensina magistralmente:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.

⁶³ MELLO, op. cit., p. 976.

Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.⁶⁴

O controle judicial se dá exclusivamente da análise restrita da legalidade ou legitimidade dos atos expedidos, nunca referentes ao mérito administrativo, sob pena de invasão da divisão de Poderes constitucionais. E como já rebatido, não se admite controle de mérito pelo Poder Judiciário. Dessa forma os atos administrativos devem ser anulados pelo judiciário após provocação do interessado ou legitimado, desde que incorridos em ilegalidade. A revogação cabe privativamente à própria administração aos seus atos discricionários, que expediu o ato, por razões de controle de mérito.

No entanto, não se deve confundir a vedação de que o Judiciário aprecie o mérito administrativo em si com a possibilidade de fiscalização pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários. Esclarece Pietro⁶⁵ que

Isto o corre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Visando facilitar o controle judicial dos atos administrativos discricionários, alguns limites doutrinários são elaborados através de teorias, como a teoria do *desvio de poder*, quando a autoridade administrativa usa do ato discricionário para atingir um fim diferente do pretendido pela lei; a teoria dos *motivos determinantes* quando a Administração indica os motivos que levaram a elaboração do ato, quando sua validade será auferida se os

⁶⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 221.

⁶⁵ Ibid., p. 229.

motivos são realmente verdadeiros, tendo o judiciário, nessa hipótese, que apreciar os pressupostos de fatos e as provas de sua ocorrência⁶⁶.

Outro ponto relevante para o controle judicial dos atos discricionários é a possibilidade de aferição do ato expedido frente aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade esperados pela lei, em conformidade com dois princípios implícitos constitucionais.

Segundos a doutrina, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade se apresentam implicitamente em dois momentos na Constituição, a saber: para Luís Roberto Barroso, como instrumento a ser adotado para interpretação das normas constitucionais e, para Fredie Didier Jr., são corolários do princípio do devido processo legal⁶⁷.

A fim de uma melhor compreensão, discorreremos o conceito de Razoabilidade para José dos Santos Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possa dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos Standards de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e, até mesmo, deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.⁶⁸

De outro modo, justifica o significado de proporcionalidade:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.⁶⁹

Há ainda o surgimento de uma tendência que começa a ser aceita no sentido de se limitar ainda mais a escolha administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às *noções imprecisas* ou *conceitos indeterminados* a que a

⁶⁶ Ibid., p. 229.

⁶⁷ CAMPOS, 2011, p2.

⁶⁸ CARVALHO FILHO, 2016, p. 33.

⁶⁹ Ibid., p. 33.

lei prevê a fim de justificar a finalidade e o motivo do ato, tais noções e conceitos como interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, falta grave, reputação ilibada.

Entende a doutrina que essas noções imprecisas devem ser adotadas de modo objetivo em conformidade com o ordenamento jurídico no caso concreto, sem margem de escolha para o Administrador, ao passo que sua subjetivação contrapunha ao princípio legal perseguido⁷⁰.

Trata-se de um tema recente, de escassa bibliografia brasileira sobre a questão, posto que tradicionalmente os conceitos indeterminados são considerados como termos de difícil apreensão de sentido, a qual resulta, na prática, um espaço de liberdade ao administrador para que este avalie a situação concreta. Faz-se mister apontar as anotações realizadas por Gerson dos Santos Sicca:

A distinção apresenta diversas consequências práticas: 1º) exige a demonstração objetiva da legitimidade do ato, até mesmo em casos onde se admita uma restrição do controle, caso em que a falta de objetividade justificará a invalidação do ato; 2º) enquanto na discricionariedade o controle judicial é restrito, na aplicação dos conceitos indeterminados o controle é amplo; 3º) a atividade de interpretação/aplicação de conceitos indeterminados está sujeita à incidência dos diversos princípios jurídicos reguladores da conduta administrativa em seu aspecto positivo, no sentido de indicar a medida a ser tomada; 4º) Enquanto na discricionariedade há a preponderância da valoração administrativa, sujeita à invalidação somente no caso de violação a direito, caso em que o ônus da prova cabe a quem alega a lesão, na aplicação de conceitos indeterminados, por serem casos de interpretação/aplicação do direito, está a administração obrigada a demonstrar o correto enquadramento da situação na hipótese legal aventada, justificando porque aquela é a melhor decisão nos termos propostos pela ordem jurídica. Para tanto é fundamental a inserção dos princípios no ato de argumentação que cristalizará a ²⁶⁷ motivação do ato; 5º) Na discricionariedade pode a lei conceder ao administrador liberdade para a eleição dos pressupostos, enquanto que na interpretação/aplicação de conceitos indeterminados os pressupostos são selecionados pela complexa articulação das normas componentes do sistema jurídico, e não de livre valoração realizada pelo administrador; 6º) Na discricionariedade o administrador valora; nos conceitos indeterminados aplica-se o direito a partir de critérios delimitados racional e metodicamente para a concretização do Direito.⁷¹

Frente ao princípio da legalidade, todo ato pode ser amplamente controlado, incluídos aqui atos de governo, de caráter predominante político⁷². Essa prerrogativa se desprende do declarado pelo constitucionalista originário no inciso XXXV, art. 5º, que impõe

⁷⁰ Ibid., p. 343.

⁷¹ SICCA, 2000, p. 266.

⁷² MARINONI, 2013, p. 563.

que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” ⁷³, princípio da inafastabilidade de jurisdição.

3.4. O DESAFIO DO ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente cuidamos de conceituar, tomando das lições de Maria de Fátima Rodrigues, que define em seu artigo que

Em termos conceituais é possível afirmar que o Ativismo Judicial caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Este fenômeno, por assim dizer, decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.⁷⁴

Inicialmente é prudente assinalar que Direito e política são coisas distintas. É uma discriminação essencial ao Estado Democrático de Direito. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, ou seja, a vontade da maioria. No direito vigoram a supremacia das leis e o respeito aos direitos fundamentais essenciais. Eis a diferenciação limiar encontrada no Estado Democrático de Direito.⁷⁵

No plano de criação, surgimento e formação do direito não há como separá-lo da política: o direito é produto do constituinte e da lei, de forças políticas constituídas, constatação que explica, parcialmente, a grande dificuldade de diferenciá-lo da política. Logo, sempre existirá uma diferenciação e autonomia relativa. Entretanto, é ponto essencial diferenciar o momento da criação do direito (produto da vontade política) e aplicação (total separação do mundo político e vinculação ao direito posto).

A aplicação no direito, então, é desejável e necessária. Segundo Barroso, essa separação elementar é feito por dois grandes institutos: a) a independência do poder judiciário e aos juízes. Para que não haja influência decisiva no âmbito da aplicação: autonomia institucional, financeira e administrativa. O Poder Judiciário depara-se no emprego de guardião das liberdades e direitos individuais, não obstante, para exercício de sua função jurisdicional é indispensável à imparcialidade dos órgãos que o compõe, posto ser a mesma uma garantia de justiça para a sociedade; b) Os juízes são vinculados aos direitos postos,

⁷³ BRASIL. Constituição, 1988.

⁷⁴ DOMINGUES, 2013, pp. 158-172.

⁷⁵ BARROSO, 2013, p. 2.

categorias e valores da dogmática geral: as decisões jurídicas sempre necessitam ser conduzidas a alguma norma, de total vinculação, ao passo que não há ação de ofício.⁷⁶

Uma parcela do poder público é exercida por alguém que não é eleito pelo povo, como o personificado através do Poder judiciário, em uma posição política contramajoritária⁷⁷, posto a vontade popular indireta, direcionada através da elaboração de lei por representantes do povo, a qual o judiciário é vinculado. Esse poder é visualizado na concessão de tratamento de saúde fora do país subsidiado pelo Estado, embargo a execução de obras, etc.

Nisso, surge um conjunto de indagações porque há o predomínio da vontade do judiciário sobre os outros dois poderes. Isso é devido, posto que no mundo contemporâneo há inúmeras situações que não possuem soluções pré-prontas no mundo jurídico. O juiz com frequência precisa interpretar expressões de sentido ambíguo, de conceitos indeterminados, como expressões subjetivas, tais como calamidade pública e interesse social. Também há que solucionar questões que não há previsões legais previamente elaboradas: casamento homossexual, aborto de crianças anencéfalas, transfusão de sangue contra a vontade de paciente por consciência religiosa. Logo, trata-se de uma atuação política, não no sentido partidário, mas no âmbito de escolha ao caso que irar reger o caso concreto. Logo, essa autonomia deve existir, contudo dentro de um limite. O juiz sempre será o intérprete do contexto histórico e da realidade social, não apenas um leitor cego da lei.⁷⁸

Desafio maior há quando o Judiciário deva adentrar em questões sociais de cunho político, de políticas sociais, enfrentamento de direitos fundamentais. É o fenômeno da ascensão do Poder Judiciário na judicialização da vida e um grau de ativismo judicial.⁷⁹

Judicialização significa que uma parcela de poder político está sendo transferida das instâncias tradicionais ao poder judiciário, ou seja, as últimas palavras de questões econômicas, sociais, etc., estão sendo delegadas a pronunciamentos do judiciário. Trata-se de um fenômeno que ultrapassa as fronteiras nacionais. É um Fenômeno mundial, surgida após a 2ª guerra mundial, pela constatação e necessidade de uma forma de garantia dos direitos fundamentais, somados à descrença generalizada da política. Ademais, é tendência que os poderes políticos se abstenham de questões polêmicas. Fato não permitido

⁷⁶ BARROSO, 2013, p. 17.

⁷⁷ TASSINARI, 2013, p. 86-87

⁷⁸ BARROSO, op. cit., p. 3.

⁷⁹ Ibid., p. 4.

ao judiciário, uma vez que o mesmo não tem a faculdade de apreciar uma questão, mas sim a obrigação constitucional, independente de previsão legal que regule o assunto. Menos ainda pode decidir pelo empate da decisão ou seu não julgamento, mesmo quando o legislativo não tenha atuado dentro de sua competência e dever institucional.

No entanto, na realidade brasileira, há duas circunstâncias que potencializam a judicialização: a) em decorrência da característica da Constituição abrangente e analítica: cuida da federação, direitos fundamentais, ordem tributária, econômica, cuida das crianças, idosos, adolescente, etc. Assim, quase tudo é possível se obter com a utilização de uma boa técnica constitucional. Todos os juízes aplicam e interpretam a constituição federal, incidentalmente no mínimo. b) Por outro lado há questões sem fim que permitem que a matéria seja levada ao Supremo Tribunal Federal – STF. É Potencializada no Brasil porque todo o assunto nacional e intimamente ligado a decisões políticas: de planos de saúde a vida bancária, do importante ao desimportante. Judicialização é um fato no Brasil. Há inúmeras matérias constitucionais, de forma que essa abrangência permite o controle de constitucionalidade de muitas matérias.⁸⁰

O ativismo judicial, por sua vez, é primo da judicialização, são parecidos. Trata-se de uma postura proativa do Poder Judiciário em questões politizadas, de modo expansivo de interpretação constitucional. Ocorrem em normas constitucionais que não foram disciplinadas de forma alguma pelo Poder Legislativo. Questão recente foi submetida à influência do ativismo judicial, na decisão que apreciou o dever de fidelidade partidária. Ainda se mostra quando o Poder Judiciário interfere nas políticas públicas determinando obras públicas, concessão de remédios ou medida de proteção ambiental.

O Ativismo tem uma face positiva: ideia mais expansiva da função judicial: judiciário está atendendo uma demanda social importante. Negativa: o poder legislativo, instância política, não consegue atuar desejavelmente. Ele deveria adotar medidas necessárias, mas assim não o faz. Embora o judiciário tenha o Poder de dar a palavra final de uma questão, ele não é a palavra mais adequada para tal.

Ainda, cita Gomes que

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime

⁸⁰ Ibid., p. 12.

continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.⁸¹

O Poder Judiciário, que tem como seu representante maior o STF, desempenha dois grandes papéis: a) o já citado contramajoritário: exercido através de membros que não são eleitos e a força política decorrente da lei não é predominante (vontade da maioria). Ocorre, por exemplo, quando a corte considera a inconstitucionalidade de uma lei ou anula um ato do presidente. Nesse caso o Poder Judiciário (compostos por membros não eleitos e não majoritário) sobrepõe sua vontade e a fazem prevalecer sobre a vontade do legislativo que criou uma lei ou contra um ato de um presidente, ambos elegidos pela maioria. Quando isso ocorre, se está agindo em nome e em reforço da democracia, em defesa dos direitos fundamentais, e não como contra ela, como defendem alguns: eis a dificuldade contramajoritária. b) representativo: frequentemente negligenciado pela doutrina. Em nome e em função do povo. O judiciário representa esse papel, no Brasil particularmente. Função representativa. Quando o poder majoritário não consegue atender à necessidade do povo é chamado o poder contramajoritário, é dizer, “podemos muito, mas não podem tudo”. O judiciário tem que ser permeável a vontade pública, não subordinada a ela, em benefício à própria sociedade. Assim, a função representativa do STF deve ser exercida com parcimônia: o judiciário também exerce a vontade pública e popular do povo.

Barroso arremata a questão com a seguinte orientação:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.⁸²

⁸¹ GOMES, 2013, 173.

⁸² BARROSO, op. cit., p. 19.

4 POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Busca-se nesse capítulo, sem pretensão de esgotar o tema, delinear as possibilidades de controle da Administração Pública pelo Judiciário numa visão ampla a partir de um apanhado de considerações iniciais e a subdivisão dos meios de controle em geral e específico, a fim que seja esclarecida as possibilidades dispostas em respeito ao ordenamento normativo vigente.

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já supracitado, a despeito do que ocorre no sistema da common law estadunidense, o sistema de jurisdição é uno, exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário, ao contrário do que ocorre na França, através do Conselho de Estado, com competência de atuação jurisdicional administrativa. Jurisdição, aqui, marcada principalmente pelo caráter de definitividade de decisão, transitar em julgado.

Na lição de Meirelles

No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), a Justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes do Estado⁸³.

O controle judicial ou jurisdicional é aquele exercido externamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Poder Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, quando realiza atividades administrativas. Esse controle, como citado por Meirelles, ocorre em atenção ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição⁸⁴, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸³ Meirelles, op. Cit., p. 33.

⁸⁴ BRASIL. Constituição, 1988.

O controle judicial tem como escopo o ordenamento normativo, baseado e respeitado a hierarquia das normas. Segundo Bobbio, adotando a teoria escalonada do ordenamento jurídico dos ensinamentos de Kelsen, assevera que

Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental.⁸⁵

De forma semelhante discorre Ferraz Junior:

Quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da *lex superior* (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da *lex posterior* (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou a da *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente).⁸⁶

O sistema normativo Brasileiro tem como escopo a Constituição Federal, que está no topo hierárquico normativo-administrativo. Dela, decompõe-se todo o ordenamento jurídico vigente. A emenda constitucional, por sua vez, é uma modificação na Constituição que deve ser aprovada por três quintos das duas casas do Congresso, em dois turnos⁸⁷. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando aprovado pelo órgão legislativo e executivo, serão equivalentes às emendas constitucionais⁸⁸. Segue ao ordenamento constitucional o ordenamento normativo infraconstitucional, desdobrando-se na ordem federal, estadual, distrito-federal e municipal. Por derradeiro, o ordenamento infraconstitucional será integrado, no âmbito das respectivas Administrações Públicas, pelos decretos e regulamentos expedidos pelo respectivo Chefe de Governo para a fiel execução das leis,⁸⁹ que abrem, por sua vez, o campo do ordenamento normativo administrativo.

É em observância a esse desenho que se encontram as possibilidades de controle jurisdicional dos atos administrativos.

⁸⁵ BOBBIO, 1999, P. 49.

⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 172.

⁸⁷ BRASIL, Constituição, 1988. Art. 60.

⁸⁸ BRASIL, Constituição, 1988. Art. 5º, §3.

⁸⁹ BRASIL, Constituição, 1988. Art. 84, IV.

Para que o Poder Judiciário exerça seu objetivo institucional de controle jurisdicional a respeito das relações jurídicas administrativas, a exemplo de como o faz quanto às demais relações jurídicas públicas ou privadas, há, para Figueiredo, dois requisitos: a provocação adequada e o emprego de meios juridicamente apropriados.⁹⁰

O controle dos atos administrativos da administração pública não possui procedimentos ou processo específico. Existe, então, uma técnica judiciária reservada à consecução dos efeitos preventivos e repressivos, tanto os de fiscalização como os de correção, próprios do campo do Direito Processual, sujeitas aos princípios da Teoria Geral do Processo, abarcando os juízos fundamentais, como os de jurisdição e competência dos órgãos judiciários, natureza e tipologia das ações, a relação processual, o procedimento, a prova judiciária, a decisão, os recursos, a definição de coisa julgada e a execução.

Entretanto a Administração Pública possui alguns privilégios não deferidos aos particulares. Na relação jurídica processual, a Fazenda Pública desfruta, dentre outros, de privilégios como juízo privativo; prazos processuais diferenciados; duplo grau de jurisdição obrigatória para as decisões que lhe sejam desfavoráveis; processo de execução especial; restrições à concessão de liminares e à tutela antecipada (justificação prévia) etc.

Tomadas as anotações iniciais para se ter uma melhor visualização das possibilidades do controle judicial da administração pública, tomemos, ainda que de forma sucinta, com a sistemática da divisão do tema em duas partes: os meios gerais de controle e os modos específicos.

Uma relação de ações judiciais disponíveis para o controle judicial das atividades da administração pública sempre será meramente exemplificativa, e não exaustiva, porquanto toda a manifestação do Poder Judiciário sobre um ato da administração pública, em qualquer ação judicial, configura controle judicial.

4.2. POSSIBILIDADES GERAIS

A possibilidade de controle jurisdicional geral ou inespecífico da Administração Pública e seus atos decorrem da possibilidade do exercício desse controle

⁹⁰ NETO, 2014, p. 749.

baseado no “sistema da jurisdição una”, independente de haver meio de controle específico para sua efetivação, segundo o qual somente o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional, conforme previsão constitucional⁹¹ (inafastabilidade do controle jurisdicional), somado ao atributo corolário do princípio da legalidade. Resulta na constituição dos fundamentos essenciais do Estado de Direito.

Dessa forma, o controle da administração pública pode ser realizado através de ações ordinárias, meio amplíssimo, conforme art. 318 e seguintes do Código de Processo Civil⁹².

Segundo Moreira Neto

O ordenamento jurídico brasileiro já contou, no passado, com uma ação específica para o contencioso de nulidade do ato administrativo (Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894), mas desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939), a ação ordinária veio a se constituir na solução instrumental genérica para o controle jurisdicional sobre quaisquer atos comissivos ou omissivos do Poder Público no País.⁹³

Assim, a depender da criatividade do postulante em juízo, é possível se utilizar de todo o procedimento previsto a tutela de direitos em geral, em harmonia a Teoria Geral do Processo, a serem utilizadas as ações cabíveis na classificação pretendida as ações declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva lato sensu.

Todas as causas podem ser postuladas em processo de conhecimento com emprego do procedimento comum, exceto da disposição legal expressa em contrário, sendo que o procedimento sumário sempre terá aplicação delimitada.

Em síntese toda a ação submetida ao Direito Privado é cabível ao controle jurisdicional da administração pública, se a lei não exigir procedimento específico. Assinala Bandeira de Mello

Dentre as medidas judiciais intentáveis para correção da conduta administrativa, afora as comuns ao Direito Privado, como, e.g.y as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares em geral, existem algumas específicas para enfrentar atos ou omissões de “autoridade pública”. São elas o habeas corpus, o mandado de segurança, individual ou coletivo, o habeas data, o mandado de injunção, a

⁹¹ BRASIL. Constituição, 1988. Art.5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁹² BRASIL. 2015.

⁹³ NETO, 2014, p. 752.

ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão.⁹⁴

No âmbito penal expõe Moreira Neto que

Na ação penal, quer a comum quer a militar, há controle incidental da atividade administrativa por promoção privativa dos órgãos do Ministério Público, com a exceção dos crimes de ação privada e da admissibilidade de promoção privada subsidiária, prevista no art. 5.º, LIX, da Constituição, para os crimes de ação pública. Não obstante inespecífica, a decisão do Poder Judiciário poderá envolver matéria de legalidade de relação jurídica administrativa.⁹⁵

4.3. MEIOS ESPECÍFICOS

A constituição prevê meios específicos de controle da Administração, às quais a doutrina comumente chama de remédio constitucional por terem a natureza de garantias constitucionais, com o objetivo de corrigir atos lesivos de direitos individuais ou coletivos⁹⁶.

Dessarte, a fim de dar um panorama geral acerca dos meios específicos possíveis de controle judicial previstos na constituição, descreveremos a seguir.

4.3.1. Habeas corpus

Dispõe o inciso LXVIII, art. 5º, da Constituição Federal, que “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”⁹⁷. É o meio constitucional que visa o controle assegurado a quem quer que esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

É uma garantia constitucional que tutela a liberdade de locomoção de qualquer cidadão, além de um recurso de extrema importância no âmbito jurídico, com ampla utilização nas formas preventiva ou liberatória. A prisão ilegalmente determinada, a impossibilidade de reunião ou de associação, a condução coercitiva ordenada são exemplos de

⁹⁴ MELLO, op. Cit., p. 969.

⁹⁵ NETO, op. Cit., p. 752.

⁹⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 851.

⁹⁷ BRASIL. Constituição, 1988.

decisões oriundas de agentes públicos (políticos ou não) que podem ensejar a impetração do habeas corpus.

Não se admite, contudo, habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. O art. 142, § 2º, da Constituição expressamente veda a utilização do remédio constitucional para o reexame de punições disciplinares militares⁹⁸.

O habeas corpus é dirigido contra a autoridade coatora, responsável pelo ato ilegal ou abusivo capaz de violar a liberdade de locomoção (juiz, delegado de polícia), ou contra o particular, responsável pelo ato que traduz idênticos efeitos (internação em hospitais, asilos, escolas etc.).

Ao habeas corpus cabem dois tipos de recursos ordinários constitucionais: um, perante o Supremo Tribunal Federal, sempre que denegado, em única ou última instância, pelos Tribunais Superiores⁹⁹; outro tipo, perante o Superior Tribunal de Justiça, sempre que denegado em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal ou Territórios¹⁰⁰.

4.3.2. Habeas Data

O habeas data é previsto constitucionalmente no inciso LXXII, art. 5º, da Constituição Federal, que dispõe que “conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Com o início da era da informação, a ingerência de banco de dados cada vez mais automatizados, vem se tornando desafiador à interpretação a aplicação do direito fundamental garantido pelo habeas data. Moreira Neto explicita que

O desenvolvimento da informática gerou como consequência tanto a multiplicação como o hermetismo, técnico ou institucional, dos registros e bancos de dados, de entidades governamentais ou de caráter público. Com isso, o homem corre o risco de se despersonalizar e se tornar-se um mero número ou meia dúzia de dados codificados em um registro, sem maiores

⁹⁸ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 142, §2: “Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”.

⁹⁹ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 102, II, a.

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 105, II, a.

responsabilidades de quem os insere com a sua veracidade ou, muito menos, com os efeitos prejudiciais que incorreções possam causar com a divulgação das informações neles contidas.¹⁰¹

O habeas corpus foi disciplinado na Lei n.º 9.507, de 12 de novembro de 1997, que ampliou as possibilidades de sua utilização em termos de garantia de liberdades e direitos fundamentais constitucionais.

Para Di Pietro

Embora o dispositivo assegure o direito à informação de interesse particular ou de interesse coletivo, ele não se confunde com a informação protegida pelo habeas data, que é sempre relativa à pessoa do impetrante, com a particularidade de constar de banco ou registro de dados. O direito à informação, que se exerce na via administrativa, é mais amplo e pode referir-se a assuntos dos mais variados, como o conteúdo de um parecer jurídico, de um laudo técnico, de uma informação constante do processo, de uma prova apresentada em concurso público, do depoimento de uma testemunha etc.; não se refere a dados sobre a própria pessoa do requerente; e pode ter por finalidade a defesa de um interesse particular, como, por exemplo, o exercício do direito de petição perante a própria Administração Pública, ou a defesa de um direito individual perante o Judiciário, ou de um interesse coletivo, como a defesa do patrimônio público.¹⁰²

O habeas data assegura o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante e o objetivo é sempre o de conhecer e retificar essas informações, quando errôneas, para evitar o seu uso indevido

4.3.3. Mandado de Segurança

O inciso LXIX, art. 5º, da Constituição Federal declara expressamente que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Trata-se de uma ação civil, de rito sumário, sujeito de procedimentos próprios, aplicado o Código de Processo Civil apenas subsidiariamente, garantida por normas que tem como finalidade tutelar direito líquido e certo violado ou ameaçado de lesão. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese¹⁰³, apenas ao caso concreto. Direito líquido e certo é aquele que pode ser protegido de pronto, de imediato, mediante provas pré-constituídas no

¹⁰¹ NETO, op. cit., p. 770.

¹⁰² DI PIETRO, op. cit., p. 851.

¹⁰³ BRASIL. Emenda Constitucional, 1963.

momento da impetração da ação. Provas pré-constituídas são aquelas que podem ser analisadas de plano, e que afasta a dilação probatória do alegado.

Tomemos a lição de Hely Lopes Meirelles que nos ensina que

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, sujeito as normas procedimentais próprias, pelo que só supletivamente lhe são aplicáveis disposições gerais do Código de Processo Civil. Destina-se a coibir atos ilegais de autoridade que lesam direito subjetivo, líquido e certo, do impetrante. Por ato de autoridade, suscetível de mandado de segurança, entende-se toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração – ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados de plano por prova pré-constituída, por não admitir dilação probatória. O prazo para impetração é de cento e vinte dias do conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Esse remédio heroico admite suspensão liminar do ato, e, quando concedida, a ordem tem efeito mandamental e imediato, não podendo ser impedida sua execução por nenhum recurso comum, salvo pelo presidente do tribunal competente para apreciação da decisão interior.

O mandado de segurança se divide em duas espécies: repressivo ou preventivo.

Quando já tiver ocorrido a ilegalidade ou abuso de poder, cabe o mandado de segurança repressivo, no sentido de corrigir a ilicitude devolvendo o direito ao impetrado que tivera sido furtado. Por outro lado, não só fatos já ocorridos são esbulhados, desse modo, cabe também de prevenir possíveis ilegalidades passivas de acontecerem, utilizando-se, neste caso, o mandado de segurança preventivo, que havendo a comprovação de violação ao direito líquido e certo supraconceituado, poderá ser deferido um pedido de liminar.

O Congresso Nacional editou a lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplinou o mandado de segurança individual e coletivo. Essa lei trouxe algumas novidades para o presente remédio, tais como, podemos citar: a) a possibilidade de impetração do Mandado de Segurança em face de atos disciplinares sofridos por servidores públicos; b) Impossibilidade de impetração de Mandado de Segurança em face de atos de gestão comerciais praticados pelos administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público; c) extensão do direito de recorrer para as Autoridades Coatoras das decisões proferidas nos autos do Mandado de Segurança; d) desfazimento da liminar quando o impetrante turbar o andamento do processo ou retardar o cumprimento de alguma diligência que lhe atinente por mais de 3 (três) dias úteis; e) Suspensão da liminar ou sentença pelo Presidente do Tribunal em que tramita o Mandado de Segurança; f) conferiu às partes do direito de recorrer quando houver atraso na publicação do julgado, autorizando que as notas taquigráficas se prestem a substituir provisoriamente o julgado¹⁰⁴.

¹⁰⁴ MEDINA, 2009, p. 212.

4.3.4. Mandado de Segurança Coletivo

Segundo o inciso LXX, art. 5º, da Constituição Federal,

o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Assim, essa tutela é posta à disposição de partido político com representação no Congresso Nacional, de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa de seus membros e associado. Seus pressupostos são os mesmo do mandado de segurança individual, só que, como é patente, a tutela não é individual, mas coletivo, independente da autorização dos associados¹⁰⁵. A liminar, todavia, só será concedida após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de Direito Público, no prazo de 72 horas¹⁰⁶.

4.3.5. Mandado de Injunção

Está disposto no inciso LXXI, art. 5º, da Constituição Federal, como direito fundamental que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

É uma tutela utilizada por quem se vê prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas fundamentais. Ou seja, é um procedimento adotado para se pleitear do Poder Judiciária a regulamentação de uma norma constitucional, que ainda não foi feita pelos órgãos competentes. O legitimado é aquele que está sendo prejudicado com tal omissão. O rito processual é o mesmo do mandado de segurança, ou seja, a ação é sumária de rito especial.

A partir da publicação da Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, houve a disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Como inserções de novos direitos podemos citar: a) a legitimidade do

¹⁰⁵ BRASIL, 2003.

¹⁰⁶ BRASIL, 2009. Art. 22, §2º.

Ministério Público e da Defensoria Pública; b) deferida o mandado de injunção em caso de mora legislativa, sendo aberto prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma reguladora; c) possibilidade de eficácia ultra partes ou erga omnes; d) efeito ex nunc da decisão proferida, salvo de norma editada lhe ser mais favorável.

4.3.6. AÇÃO POPULAR

Valorizando a participação popular no controle da Administração Pública a constituição prevê no inciso LXXIII, art. 5º, da Constituição Federal, que

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Para Meirelles,

A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto. Tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva do patrimônio público, assim entendidas os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. A própria lei regulamentadora indica os sujeitos passivos da ação e aponta casos em que a ilegalidade do ato já faz presumir a lesividade ao patrimônio público, além daqueles em que a prova fica a cargo do autor popular. O processo, a intervenção do Ministério Público, os recursos e a execução da sentença acham-se estabelecidos na própria Lei 4.717/65. A norma constitucional isenta o autor popular, salvo comprovada má-fé, de custas e de sucumbência.

A ação popular é uma ação civil, regulada pela Lei 4.717/1965, diploma em grande parte ainda vigente. Trata de um instrumento oferecido a todos os cidadãos (eleitor com capacidade eleitoral ativa, ou seja, que esteja em dia com as suas obrigações eleitorais) a fim de que possam exercer o controle da moralidade administrativa, da prática de atos que possam ser lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, da proteção ao meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

O objeto da ação principal deve ser na ação popular deve ser a anulação do ato lesivo – tutela desconstitutiva (constitutiva negativa). O art. 11 da lei regulamentadora determina que a sentença condenatória que anular o ato lesivo, inclusive condenará ao

pagamento de perdas e danos os responsável pelo ato e o beneficiário dele, estando inclusive o condenado a sequestro e penhora de bens (art. 14, §4). Ainda se admite a concessão de medida liminar que determine a suspensão do ato lesivo (art. 5º, §4º).

Ademais, também pode ser utilizada com a finalidade de promover a restituição de bens ou o ressarcimento de danos em relação às pessoas que, por ação ou omissão, causaram ou deram oportunidade à lesão do bem como em relação aos beneficiários do fato.

4.3.7. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública indubitavelmente estabelece um dos importantes instrumentos de controle da Administração Pública Brasileira, ao lado do mandado de segurança, do habeas data, da ação popular e outras ações judiciais. A exemplo dos demais instrumentos constitucionais previstos, também possui amparo constitucional (art. 129) ¹⁰⁷ e está regulamentada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

Essa lei prevê que se regem pela citada lei “sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados” ¹⁰⁸:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística;
- VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII – ao patrimônio público e social.

A rol descrito acima é meramente exemplificativo, confirmado pelo próprio inciso IV da lei descrita e a parte final do inciso III, art. 129, da Constituição federal, com o seguinte termo: de outros interesses difusos e coletivos”. Não nos prenderemos aqui a maiores discussões doutrinárias, como a discutida aplicação da ação civil pública para a tutela de interesses individuais homogêneos¹⁰⁹, ou ainda, se Ministério Público tem legitimidade para

¹⁰⁷ BRASIL, 1988.

¹⁰⁸ BRASIL, 1985. Art. 1º.

¹⁰⁹ RE-AgR 472.489/RS, reI. Min. Celso de Mello. 29.04.2008; RE 216.443/MG. red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 28.08.2012; AI-AgR 637.853/SP, rei. Min. Joaquim Barbosa, 28.08.2012; AI-AgR 813.045/RJ, reI. Min. Dias Toffoli, 26.02.2013; RE-AgR 401.482/PR, reI. Min. Teor Zavascki, 04.06.2013.

ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores¹¹⁰.

A ação civil pública tem por objetivo afastar ou evitar lesões a interesses coletivos e difusos, a exemplo do meio ambiente, a ordem urbanística, a defesa do consumidor, a proteção ao patrimônio histórico e cultural, entre outros, e pode ser proposta pelos legitimados do art. 5º da lei regulamentadora, que assim dispõe:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Ministério Público ainda possui como previsão institucional, elevada a nível constitucional, prevista no inciso III, art. 129¹¹¹.

¹¹⁰ AI-AgR 606.235/DF, reI. Min. Joaquim Barbosa, 05.06.2012; RE-AgR 466.623/SC, reI. Min. Gilmar Mendes, 16.04.2013; AI-ED 857.903/RJ, reI. Min. Gilmar Mendes, 27.7.2013.

¹¹¹ BRASIL, 1988. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:[...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;[...]”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal escopo solucionar a problemática de traçar quais seriam os limites e as possibilidades do controle jurisdicional sobre a Administração Pública.

Não se teve a pretensão de conceder uma solução definitiva nem exaurir suas possibilidades. O que se buscou através da pesquisa foi obter uma visão panorâmica e ao mesmo tempo específica, para que se pudesse fornecer um embasamento suficiente para definição do objetivo com certa margem de segurança.

Dessa forma foi estruturado este trabalho, descrevendo seus objetivos específicos.

A fim de compreender os institutos envolvidos, no segundo capítulo se teve a preocupação de relacionar o direito administrativo e a administração pública, de forma a compreender a constituição atual desses institutos através da evolução histórica. Por conseguinte, cuida-se de colher, como certa margem de segurança sistemática, o direito administrativo como ciência. Nesse passo, avança-se aos conceitos de Administração Pública e de Direito Administrativo.

No capítulo seguinte, capítulo 3, procurou-se estudar e definir quais os limites para que ocorra o limite do controle jurisdicional. Para tanto, inicia-se com a importante cautela para que se fizesse uma análise de alguns aspectos do próprio controle da Administração.

Desse modo, expôs-se a relação entre a separação de Poderes e a Administração Pública. Ficou demonstrado que o controle é corolário do próprio surgimento da separação de Poderes. É a possibilidade da existência do Estado de Direito na condição de possuir Poderes independentes e harmônicos entre si, com base no sistema de freios e contrapesos.

Após, foi trazido à baila o clássico e discutido controle pelo Poder Judiciário dos atos ou atividades discricionários. Em linhas gerais, visualizamos que o controle exercido deve ser exclusivamente quanto à legalidade dos atos, nunca referente ao mérito administrativo, impedido de apreciar a oportunidade e conveniência do ato expedido. Não obstante, o controle de legalidade, baseado no princípio da legalidade, infere-se

modernamente que envolve todo o ordenamento jurídico, incluídos são só as leis escritas, mas também súmulas, direitos fundamentais, princípios explícitos e princípios implícitos constitucionais, a exemplo do da proporcionalidade e a razoabilidade. Não menos importante é feita menção aos conceitos indeterminados, ao passo que não se deve confundir com a discricionariedade.

Chega-se então a apreciação do ativismo judicial e a judicialização de questões cotidianas e políticas. Há grande polêmica envolvendo esses temas, posto que muitas vezes são motivadas por dissídio de outro Poder, ao passo que frente aos direitos fundamentais não poderia a sociedade ficar sem a devida resposta estatal. Maior dificuldade se encontra na separação entre política e direito. Contudo, como apreciado alhures, aprecia-se que a política é anterior ao direito, mas não o direito. À medida que o Poder Judiciário possui legitimidade contramajoritária da população eleitora, concedida no momento da elaboração de uma lei, vinculativa a todos os Poderes.

No quarto e último capítulo cuida-se de se apreciar quais seriam as possibilidades e meio de se exercem o controle judicial. Nesse passo, verifica-se que existem formas e modos muito amplos de controle, de uma simples ação concedida às questões do Direito Privado às meios constitucionais próprios, como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, habeas Data, Mandado de Injunção, Etc.

Assim, em termos gerais, em um Estado Democrático de Direito, conclui-se que todo poder, limite e possibilidade é definido pelo princípio da legalidade, quais sejam, o princípio fundamental diretor da toda a atuação da Administração Pública, contida em todo o ordenamento jurídico, de direitos fundamentais à estabelecidos doutrinários.

6 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 22ª. Ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 95, p. 147-166, jan. 2000. p. 2. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 28 jul 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v95i0p147-166>.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. O direito administrativo como ciência. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 74, p. 225-242, jan. 1979. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66880/69490>>. Acesso em: 02 aug. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v74i0p225-242>.

BARROSO, Luís Roberto. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/07/2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição (1946). Emenda constitucional nº 6, de 1963. §1º, art. 79. In: Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm>. Acesso em 21/07/2016.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10/06/2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30/05/2016.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Lei do Mandado de Segurança. Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 ago. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Precentes. AI-AgR 606.235/DF, reI. Min. Joaquim Barbosa, 05.06.2012; RE-AgR 466.623/SC, reI. Min. Gilmar Mendes, 16.04.2013; AI-ED 857.903/RJ, reI. Min. Gilmar Mendes, 27.08.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Precentes. RE-AgR 472.489/RS, reI. Min. Celso de Mello, 29.04.2008; RE 216.443/MG, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 28.08.2012; AI-AgR 637.853/SP, reI. Min. Joaquim Barbosa, 28.08.2012; AI-AgR 813.045/RJ, reI. Min. Dias Toffoli, 26.02.2013; RE-AgR 401.482/PR, reI. Min. Teor Zavascki, 04.06.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 266. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Imprensa Nacional. Brasília, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=629.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 629. Brasília, DF, 24 de setembro de 2003. Diário Oficial da união. Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=629.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

CAMPOS, MURILO. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o processo administrativo disciplinar. Instituto Brasiliense de Direito Público. Caderno Virtual.v. 1, n. 23, p. 2 (2011).

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Curso de Direito Administrativo 2ª edição, RJ: Freitas Bastos, 19__ p.23.

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à Teoria Geral da Administração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de Direito Administrativo, Editora Forense, 1992, pp. 152-153. ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 147-166, jan. 2000. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 28 July 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v95i0p147-166>.

CRETELLA JÚNIOR, J. Dos Atos Administrativos Especiais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em 23/08/2016.

DOMINGUES, Maria de Fátima. Ativismo judicial e direitos fundamentais In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE, 22., 2013. São paulo. Anais... Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 158-172.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação. São Paulo: Saraiva, 1973.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAXIMIANO, Antonio César Amauri. Teoria Geral da Administração: da Revolução Urbana à Revolução Digital. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 8 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de; Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, SP: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., ver., ampl. Atual., RJ: Forense, 2002. P. 47.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARAI, Leandro. Repensando o conceito de administração pública na busca da máxima efetividade de seus princípios constitucionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2767, 28 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18370>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

SICCA, Gérson dos Santos. *O controle jurisdicional da administração pública e os conceitos indeterminados: elementos para a redefinição da vinculação administrativa*. 2000. 301 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciência Jurídica, Universidade Federal de Santa Catarina. 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.